

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Comparer

Thunis, Xavier

Published in:
Annales de droit de Louvain

Publication date:
2006

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Thunis, X 2006, 'Comparer: de la réaction spontanée à l'outil méthodique', *Annales de droit de Louvain*, Numéro 1-2, p. 25-39.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Comparer : de la réaction spontanée à l'outil méthodique ¹

par Xavier THUNIS

Professeur aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur

A première vue, la comparaison n'est pas en soi un sujet plus original ou plus complexe que la stipulation pour autrui ou les causes de justification en droit pénal. Et pourtant, c'est un domaine où la réflexion piétine. Pourquoi? Ce 'comme' qui noue la comparaison dans le langage courant a l'air inoffensif. «Il est comme son père». Il ressemble à son père, père et fils ont un air de famille. Quoi de plus naturel? Ce 'comme' est pourtant bien difficile à cerner. «Il est comme son père» signifie une ressemblance, «Je te parle comme un père» signifie que je parle à mon interlocuteur comme un père le ferait alors que je ne suis pas son père. En revanche, «Je te parle comme père» revient à dire : «Je suis ton père et c'est en tant que père que je te parle». Pour ne rien simplifier, si je dis : «Philippe, tu es un père pour moi», il est clair que Philippe n'est pas mon père mais qu'il a, à mon égard, la même sollicitude ou la même autorité que mon père. Le 'comme' est tu, il est sous-entendu.

Continuons en comparant «il est fort comme son père» et «il est fort comme un lion». Si grammaticalement, les deux phrases sont très semblables, elles diffèrent dans l'utilisation qu'elles font de la comparaison. La première indique un rapport quantitatif entre la force du fils et celle du père. Dans la seconde, la référence au lion souligne une qualité, la force impressionnante du sujet comparé. Ces quelques exemples tirés du langage ordinaire montrent combien ce 'comme', qui joint des termes tout en les distinguant, joue du même et de l'autre et pose de redoutables problèmes d'analyse.

L'emploi de la comparaison en sciences humaines est fréquent. On se dit que celles-ci, attentives à la rigueur de leur méthode, doivent en faire un

¹ Le texte qui suit reprend une conférence donnée le 20 avril 2006, lors du deuxième séminaire de l'Ecole doctorale en Sciences juridiques de la Communauté française. Le tour oral et parfois informel de la conférence a été conservé. Quelques références sont citées en bas de page pour l'information du lecteur.

usage réglé et circonspect. Nos investigations font apparaître un autre tableau, peut-être injuste à force d'être réducteur. Soit la comparaison est utilisée de façon pragmatique, sans guère de justifications sur sa validité ou sur sa portée, soit elle se barde d'une foule de règles ou d'interdits méthodologiques qui inciteraient presque à leur violation. Le domaine juridique ne semble pas faire exception : l'épistémologie de la comparaison est, comme telle, peu étudiée. Pas mal d'études insistent, à juste titre, sur les risques de la comparaison en droit et sur les précautions dont elle doit s'entourer, certaines invoquent, presque de façon incantatoire, la confrontation avec «l'Autre» qui rendrait les cultures juridiques incommensurables, peu apportent des indications vraiment décisives permettant d'élaborer un discours de la méthode comparative ². Peut-être celui-ci est-il impossible.

Sans dramatiser, sans faire du romantisme de l'inexprimable (si on fait de la recherche, c'est pour dire le maximum de ce qui peut être dit, en sachant que ce n'est jamais assez), je voudrais défendre l'idée suivante : la comparaison nous est très familière. Elle est une familiarité de la pensée et du langage dans lesquels nous baignons depuis toujours. C'est cette familiarité, ce caractère tellement «naturel» qui la rend difficile à cerner, qui la rend, à l'instar du langage dont elle procède, assez énigmatique.

La réflexion ne progresse pas vraiment dans la connaissance d'une énigme. Elle tourne et retourne sur elle-même. «Plus on regarde un mot de près, plus il répond de loin» écrit Karl Kraus. C'est un peu ce qui se passe quand on essaie d'analyser la comparaison. Les zones d'ombre se reconstituent à mesure que la réflexion multiplie les tentatives d'éclaircie. Que faire? Une solution pour progresser est de faire fonctionner une comparaison, de montrer comment elle marche dans le langage ordinaire, dans la vie courante. Partant de là, j'essaierai d'en préciser progressivement les caractéristiques comme processus mental pour envisager son utilisation dans le domaine juridique, en particulier dans une recherche en droit.

I.

Prenons tout d'abord quelques exemples pour montrer qu'il y a une utilisation féconde, un efficace de la comparaison qui ne s'embarrasse pas de précautions méthodologiques. La comparaison est utilisée très tôt par l'être humain, avant même qu'il ne soit en âge de parler et, bien sûr, quand il parle. Un enfant de sept ans va en vacances chez ses grands-parents pen-

² Le constat a été fait par bon nombre d'auteurs. V.e.a., M.-Cl. PONTTHOREAU, «Le droit comparé en question(s) Entre pragmatisme et outil épistémologique», *R.I.D.C.*, 1-2005, pp. 8 et s.

dant quelques jours et ceux-ci, extasiés devant le cher petit, l'autorisent à regarder la télévision tous les jours jusqu'à dix heures du soir. Retour chez les parents où l'heure du coucher est fixée à huit heures du soir. Il ne faut pas être prophète pour prédire la discussion qui va suivre : l'enfant va réclamer à ses parents le droit de regarder la télévision plus tard en invoquant l'expérience bienheureuse qu'il a eue chez ses grands-parents. Il fait là une utilisation critique, même subversive, de la comparaison vis-à-vis de la norme parentale.

Supposons que les parents acceptent de discuter avec l'enfant. Que vont-ils faire pour rejeter la demande? Ils vont recontextualiser la situation dont le bambin tire sa comparaison : certes, bon-papa et bonne-maman t'ont permis d'aller coucher plus tard mais c'était la période des vacances, c'est maintenant la période scolaire, etc... Si l'enfant est un peu de mauvaise humeur, il enverra promener tous ces arguments et dira à ses parents qu'ils sont méchants et qu'il préfère bon-papa et bonne-maman. Ce qui revient à dire : la situation est la même ici et chez mes grands-parents, c'est vous qui êtes trop stricts, comparés aux grands-parents. Le plan de la comparaison se déplace.

Supposons que le père ou la mère de l'enfant, suite à cette expérience chez les grands-parents, que je qualifierais d'extraterritoriale, assouplisse sa jurisprudence et permette à l'enfant de se coucher à neuf heures. La comparaison aura mené à une harmonisation relative des normes en vigueur chez les parents et les grands-parents surtout si ces derniers ont été contactés entre-temps pour changer eux aussi l'heure du coucher et mettre l'enfant plus tôt au lit.

Cet exemple réunit quelques ingrédients majeurs de la comparaison : choix stratégique des situations à comparer, jeu de décontextualisation et de recontextualisation, fonction de contestation, et, le cas échéant, de modification de la norme.

L'enfant a grandi. Il est étudiant en droit et présente l'examen de droit comparé et de terminologie juridique anglaise consacré à la *common law* et centré sur la traduction et le commentaire de textes en langue anglaise.

«Monsieur, peut-on avoir un dictionnaire à l'examen»? Confronté à la réponse négative de l'enseignant, l'étudiant insiste en invoquant des précédents, l'examen de terminologie juridique néerlandaise ou allemande, où, paraît-il, les étudiants peuvent avoir un dictionnaire. Après vérification de l'information, l'enseignant, s'il maintient une réponse négative, devra mettre en évidence l'objectif spécifique poursuivi par son cours, par exemple en insistant sur l'acquisition de compétences linguistiques en terminologie juridique anglaise. Supposons que le jeu continue mais que l'étudiant, plus sub-

tilement, invoque qu'en terminologie juridique néerlandaise ou allemande, les étudiants peuvent disposer d'un code bilingue et un code, c'est un peu *comme* un dictionnaire ³.

Une comparaison, faite par l'étudiant à des fins très pratiques, provoque chez l'enseignant une réflexion sur les objectifs respectifs des cours mentionnés dont les conditions d'examen sont comparées par l'étudiant mais aussi une interrogation plus théorique sur la différence entre un code et un dictionnaire. Où apparaît la fonction heuristique de la comparaison.

Terminons par un dernier exemple. B.-H. Lévy, se plaçant sous le patronage prestigieux de Tocqueville, décide de visiter rapidement l'Amérique et publie «*American Vertigo*» (Grasset, 2006, 494 pages). Commentaire du *Los Angeles Times* : «Mis à part le fait qu'Alexis de Tocqueville et Bernard-Henri Lévy sont tous les deux français, ils n'ont rien en commun».

Ce commentaire peu flatteur montre combien la comparaison peut être une arme polémique redoutable, combien aussi celui qui compare construit la comparaison selon les fins qu'il se fixe ⁴. Dans l'absolu, soutenir que la nationalité française est une caractéristique insignifiante est une énormité. Aux fins de la comparaison, et de la polémique qui est d'évaluer B.-H. Lévy à la lumière ou plutôt à l'ombre de son prestigieux prédécesseur, elle se comprend.

Tous ces exemples ne font pas une théorie de la comparaison ou de la méthode comparative. Mais ils permettent de contester d'emblée une maxime populaire selon laquelle «Il faut comparer ce qui est comparable». Ils invitent à soutenir, au contraire, qu'il n'est pas possible de poser *a priori* les conditions de validité d'une comparaison, indépendamment du contexte et de la stratégie poursuivie par celui qui la pratique. Ils ont le mérite de montrer comment s'opère une comparaison, comment elle *s'effectue*, comment celui qui la construit, établit un trait d'union, parfois inattendu, entre des termes jusque-là perçus comme à l'état isolé. Notons que la distinction, fort utilisée par les juges anglais pour écarter un précédent gênant, n'est qu'une sorte de négatif de la comparaison. Elle rétablit de la différence dans une réalité jusque-là considérée comme homogène.

³ C'est même plus, c'est aussi une grammaire des relations sociales.

⁴ C'est parce qu'elle est une arme polémique et qu'elle peut être «malhonnête» que la publicité comparative a mis tellement de temps à être admise en droit belge et n'a acquis droit de cité que moyennant des conditions strictes.

II.

Selon le *Dictionnaire historique de la langue française*, «comparer» signifie «*rapprocher des objets de nature différente pour en dégager un rapport d'égalité et examiner les rapports de ressemblance et de dissemblance (entre des personnes et des choses)*»⁵.

La comparaison met en rapport deux termes ou deux objets au moins. Il y a dans la comparaison comme une hésitation, une tension entre la construction d'un trait commun et la reconnaissance des différences entre les objets ou les termes associés. Si la comparaison est énigmatique, c'est parce qu'elle est un fait du langage que le locuteur ne maîtrise pas; c'est aussi parce qu'en elle se joue une tension manifestée par le *comme*, celle du même et de l'autre. Alors qu'un chercheur tente généralement de limiter son objet de recherche en citant très soigneusement toutes les questions qu'il n'examinera pas, celui qui réfléchit à la comparaison risque de céder à un certain impérialisme. Il finit par la trouver partout, dans toutes les disciplines- anatomie comparée, littérature comparée, régimes politiques comparés, etc.- et à la base des mécanismes de connaissance les plus fondamentaux. L'esprit⁶ sans cesse rapproche et distingue les choses les unes des autres pour mettre de l'ordre dans les connaissances, pour en produire de nouvelles et pour établir des sélections, à des fins théoriques ou pratiques. La comparaison ne sous-tend-elle pas l'élaboration des concepts et des classifications par lesquels l'esprit humain met de l'ordre dans les connaissances et se construit un monde? Question tentaculaire qu'on ne peut s'empêcher de poser et qui, à son tour, produit d'autres questions. Qu'est-ce qu'un concept sinon un outil mental qui permet de dégager, en fonction d'une visée, des classes d'objets ayant des traits semblables⁷? La conceptualisation dépouille les choses de différences jugées peu pertinentes ou inutiles par telle ou telle culture au regard de son objectif de compréhension du monde. Comparer est nécessaire pour construire des concepts. Mais comparer, c'est aussi conceptualiser ainsi qu'on le souligne plus loin (sous IV).

⁵ *Dictionnaire historique de la langue française*, sous la direction d'Alain REY, Paris, Dictionnaire Le Robert, 457.

⁶ Il est même bien restrictif de parler d'esprit. C'est parfois tout le corps, vision et ouïe, qui se trouve sollicité quand la comparaison porte sur des œuvres picturales ou sur les différentes interprétations d'une œuvre musicale.

⁷ Sur la formation des concepts et les différentes stratégies de conceptualisation, B.-M. BART, *L'apprentissage de l'abstraction*, Paris, Retz, 1987, pp. 29 et s. On trouvera chez N. CHARBONNEL (*L'important, c'est d'être propre*, Presses universitaires de Strasbourg, 1991, pp. 105 et s.) une réfutation intéressante des théories traditionnelles du concept fondée sur les travaux de Cassirer.

III.

Il n'y a pas de comparaison possible dans un univers infiniment varié où toutes choses seraient perçues comme fondamentalement hétérogènes. Il n'y a pas non plus de comparaison possible dans un univers indifférencié où les choses sont perçues, à tort ou à raison, comme identiques ou très semblables. Mais ces affirmations attestent qu'une sorte de pré-compréhension spontanée des ressemblances et des différences précède l'opération de comparaison consciente et méthodique. Les différences et les ressemblances peuvent être envisagées de différents points de vue que l'analyse va s'efforcer de préciser. Le plus souvent, seule une analyse approfondie permet de déterminer que deux objets, au regard de la question posée, peuvent être mis sur le même plan et comparés ou au contraire, ne devraient pas l'être, parce qu'ils sont considérés comme incommensurables ou parce que l'un n'est que la spécification ou la transformation de l'autre.

Cette tension, cette hésitation entre le même et l'autre fait la spécificité de la comparaison par rapport à d'autres opérations intellectuelles. Certaines écrasent les différences pour ne considérer que ce qui est commun, d'autres exacerbent les singularités. Comparer n'est pas compter ni énumérer.

Compter est par excellence l'opération qui écrase les différences pour ne considérer que des unités à additionner. Si je compte les doctorants en droit qu'il y a dans cette salle, je ne tiens compte ni de leur physique, ni de leur sexe, ni même de la discipline juridique qu'ils étudient ou de l'objet de leur thèse. Ce sont X doctorants en droit, X unités doctorantes. On peut combiner les opérations, conceptualiser et compter. Le concept écrase lui aussi un certain nombre de différences, ce qui rend un comptage possible. On n'additionne pas des poires et des pommes certes, mais on peut leur trouver un noyau commun. Pommes et poires sont des fruits qu'on peut additionner. On peut aussi les vendre et les acheter sur un marché grâce à la monnaie, unité de compte, qui en rend la valeur comparable et simplifie l'échange des biens et des services.

À l'inverse, énumérer, c'est centrer l'attention sur la singularité des objets ou des personnes qui font partie d'un ensemble. Un enseignant peut, dans un amphithéâtre, appeler chacun par son nom. Ce qui réunit chacun de ceux qu'il nomme vient en arrière-fond.

Quel lien entre ces réflexions générales et la comparaison? Comparer, ce n'est pas additionner puisque additionner implique que les unités qu'on additionne ont subi préalablement une opération de ravalement qui les rend comparables et permet d'en faire la somme.

Comparer, ce n'est pas non plus énumérer des choses ou des termes les uns à la suite des autres. L'énumération, dans sa forme la plus simple, consiste à énoncer successivement des choses faisant (en principe) partie d'un tout, à les passer en revue.

La différence entre les objets ou termes énumérés n'est pas construite. Elle provient de leur succession ou de leur juxtaposition, même si celle-ci se fait suivant un certain ordre qui peut inciter le lecteur à faire lui-même certaines comparaisons fécondes.

Deux remarques sur les énumérations vont progressivement nous ramener à la comparaison.

1. Si l'on a l'esprit subversif, rien de tel qu'une énumération qui fait voisiner des extrêmes ou des choses sans rapport, plus exactement qui ruine l'espace commun où pourraient cohabiter les choses énumérées. Le langage sert alors à détruire le sol commun où ces choses pourraient cohabiter. Ces énumérations un peu perverses s'habillent généralement des marques habituelles par lesquelles le langage met de l'ordre dans les choses énumérées : série alphabétique, conjonction de coordination, etc.

Ce sont les inventaires à la Prévert, ou les encyclopédies chinoises à la Borgès où les animaux se divisent notamment en «a) appartenant à l'Empereur, b) embaumés, c) apprivoisés, d) cochons de lait, e) sirènes ... h) inclus dans la présente classification, ... l) *et cætera*, m) qui viennent de casser la cruche, n) qui de loin semblent des mouches».

Ce sont aussi les dialogues, si l'on peut dire, que l'on trouve chez Beckett où les protagonistes sapent l'interlocution en détruisant l'espace commun qui permettrait de donner du sens à ce qu'ils disent :

«Donne-moi la main».

«Non».

«Donne-moi la main, je te dis».

«Non».

«Donne-moi le beurre alors».

Utilisée à des fins polémiques, la comparaison peut reposer sur ce genre de procédé. Si je dis à un ami qui rentre de vacances, tu es brun comme un cachet d'aspirine, l'incompatibilité des termes ainsi associés provoque le rire. Dans le même temps, cette incompatibilité n'empêche pas la mise en rapport des deux termes par le langage. La comparaison tire sa force polémique de cette incompatibilité pour faire comprendre au destinataire du message, lecteur ou interlocuteur, que celui qui est désigné n'a vraiment pas la mine espérée à un retour de vacances.

2. Qu'elle soit raisonnable ou hétérotopique, l'énumération juxtapose. Ceci l'oppose à la comparaison qui requiert une mise en rapport explicite et raisonnée des objets associés, une construction de ce qui est comparable. Il en résulte, pour les juristes et apprentis juristes, une recommandation opérationnelle et pertinente que l'on trouve dans un ouvrage pratique intitulé *Annales Droit civil des obligations 2006 Méthodologie & sujets corrigés*⁸.

Après avoir traité du sujet de cours classique, l'ouvrage en vient (pp. 67 et s.) au sujet comparatif. Nous en citons un large extrait en soulignant les passages importants :

«*b. Le sujet comparatif. Lorsque le sujet oppose clairement deux mécanismes, tout le devoir doit être construit sur cette opposition. La comparaison et l'articulation du devoir. Exemple : Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Ce type de sujet vous fera réfléchir sur ce qui rapproche les mécanismes et sur ce qui les oppose. C'est à vous de mettre en valeur les convergences et les divergences de leur régime. Il est exclu, bien sûr, de traiter les mécanismes l'un après l'autre. Exemple de plan interdit : Responsabilité contractuelle (I) et Responsabilité délictuelle (II). Parfois, ce sont les points communs qui vont l'emporter; les différences seront faibles au point de devoir être seulement signalées dans l'introduction. À vous d'articuler tout le devoir sur une idée de base. (...) Une variété du sujet comparatif est la dissertation sur l'évolution d'un point de droit. Il est évident que le plan chronologique – avant tel arrêt (I); après tel arrêt (II) avant telle loi (I); après telle loi (II) – encourt le même reproche que celui que nous évoquons, à savoir de séparer les institutions. La seule solution consiste à faire une comparaison en dégagant des thèmes. Thème par thème, vous établissez un parallèle entre les règles antérieures et les règles postérieures.*»

IV.

Bien que cela soit peu souligné, la comparaison présuppose une conceptualisation préalable. La comparaison opère, à tort ou à raison, une unification des entités associées sur laquelle elle greffe un écart, une différence. Pour connaître, on peut comparer mais pour comparer, il faut déjà connaître. Une comparaison peut se faire à tâtons mais elle ne se fait pas au hasard. Elle est en quelque sorte prédéterminée par les connaissances antérieures de celui qui compare, par une certaine connaissance du domaine à explorer et une première idée confuse de la façon de l'ordonner et de l'interroger.

⁸ Sous la direction de Annick BATTEUR, Paris, Dalloz, 2006. Cet ouvrage est destiné aux étudiants en droit français auxquels il donne des conseils méthodologiques pour préparer les épreuves écrites.

Une comparaison se construit. Il faut comparer ce qui est comparable, dit-on. Cette phrase est trompeuse. Elle accrédite l'idée que *d'emblée* telle chose serait objectivement comparable à une autre alors que telle autre ne le serait pas, que la comparaison ne pourrait se porter que sur certains prétendants qui revêteraient les caractéristiques objectives requises pour leur couronnement. À mon avis, c'est faux. «Tout est comparable» écrit Éluard de façon provocante. Pourvu que l'on ait une (bonne) question. Pourvu que l'on ait une (bonne) question, il est possible de comparer Paris et Namur, un éléphant et une souris, un crayon et un traitement de texte, ou dans un registre plus juridique, la responsabilité du donneur de crédit en droit français et en droit allemand. La comparaison construit un écart. Elle introduit, plus qu'elle ne reconnaît, une commune mesure, un espace de référence commun entre les termes reliés. La solidité de cet espace commun dépend de la qualité de la question qui est, elle-même fonction de la nature de l'intérêt de celui qui compare. Une comparaison se construit dans le langage et par le langage. En dépit de certaines études fort savantes, la détermination *a priori* des conditions requises pour que deux objets soient comparables reste, pour une part, mystérieuse. Elle ne peut être résolue indépendamment du problème posé par celui qui compare. L'approfondissement de la comparaison, qui révèle sa fécondité, projettera d'ailleurs une lumière nouvelle sur la pertinence de la question initiale et amènera souvent une reformulation de celle-ci ⁹.

V.

Une thèse de doctorat, c'est une idée fixe. Comme le savait bien Valéry, il n'y a rien de plus mobile qu'une idée fixe. L'objet de recherche se construit dans le temps, il en va de même de la comparaison. Ceci mérite d'être souligné. Le droit comparé étant plutôt synchronique et spatial, la recherche met spontanément l'accent sur la comparaison dans l'espace : les conditions générales en droit anglais et allemand, la vente en droit libanais et en droit allemand, etc. Une comparaison se transforme toutefois à mesure que l'objet de la recherche qu'elle contribue à transformer se construit et se transforme. Elle entretient donc des rapports avec le temps, avec un devenir des choses c'est-à-dire un devenir des termes associés et surtout un devenir de la réflexion qui les associe. Essayons de préciser ces rapports.

⁹ V. les réflexions pertinentes de M.-L. IZORCHE, «Propositions méthodologiques pour la comparaison », *R.I.D.C.*, 2001/2, pp. 298 et s.

1. L'évolution du droit ou des droits peut faire émerger de nouveaux domaines de comparaison comme le montrent les exemples qui suivent. Au sein d'un droit national, la multiplication des disciplines juridiques, la fragmentation du droit oblige à des comparaisons internes (*interne rechtsvergelijking*) pour prendre la mesure d'une distorsion ou pour restaurer une cohérence entre des disciplines, droit civil, commercial ou fiscal évoluant selon leur logique propre.

Connue pour ses conflits communautaires, la Belgique est un laboratoire pour les comparaisons interrégionales. La doctrine belge a pris l'habitude de comparer, quand les divergences sont significatives, la jurisprudence des chambres néerlandophones et francophones de la Cour de cassation ou du Conseil d'État.

Des comparaisons peuvent aussi surgir entre certains droits nationaux considérés jusque-là comme similaires. Leur évolution divergente ouvre au comparatiste de nouvelles perspectives de recherche. Depuis quelques années se multiplient les journées d'études et les ouvrages confrontant le droit belge et le droit français des obligations qui donnent de textes identiques du Code civil, comme l'article 1384 alinéa 1, des interprétations fort différentes. L'apparition d'un écart, jusque-là ignoré ou considéré comme insignifiant, provoque la comparaison et entraîne son utilisation à des fins heuristiques.

De même, la volonté politique d'harmoniser le droit des contrats ou de la responsabilité civile provoque-t-elle une forte recrudescence des comparaisons dans ce domaine au niveau européen en provoquant la discussion sur des concepts ou des institutions comme la cause ou la *consideration* qui avaient été jusque-là considérés comme incomparables.

2. Certaines comparaisons sont intertemporelles. Les annotateurs de décisions ont de tout temps pratiqué la comparaison en confrontant les décisions annotées à celles qui les ont précédées, pour retracer une évolution jurisprudentielle, dans ses constantes et ses discontinuités. Allons un peu plus loin. Beaucoup de thèses en droit qui n'affichent pas d'objectif de droit comparé comportent une partie consacrée à l'origine et à l'histoire du concept ou de l'institution étudiés. Il arrive qu'elles en apprécient la signification ou le régime juridique par rapport à leur passé, récent ou lointain. Il s'agit d'une comparaison intertemporelle. Une telle façon de faire est inspirée par l'idée que le passé a quelque chose à nous dire, ce qui ne va pas de soi car cela suppose que l'histoire ainsi reconstruite ne soit pas marquée d'une discontinuité radicale qui priverait de pertinence ce genre de démarche. Dans le même ordre d'idées, l'utilisation à des fins démonstratives, de l'étymologie, plus fréquente en philosophie qu'en droit suppose, semble-t-il, que l'on admette le primat, contestable, de ce qui est originaire, tenu

comme la vérité par rapport à laquelle comparer et évaluer la situation présente.

3. Au fur et à mesure de son développement, la recherche va tantôt, sous les ressemblances qu'elle qualifiera par la suite de superficielles, découvrir des singularités irréductibles, tantôt, sous des différences de surface, découvrir des similitudes ou même des invariants, si celui qui compare a des ambitions en théorie générale du droit. Sous une différence, une ressemblance et sous une ressemblance, une différence. Ainsi, on peut croire à première vue que l'obligation essentielle en droit belge et français et le *fundamental breach* en droit anglais sont facilement comparables. Un approfondissement de l'étude révèle toutefois que le *fundamental breach* anglais doit être resitué dans une casuistique fort complexe, distinguant, *terms*, *conditions* et *warranties*. Les juges de la *House of Lords* ont condamné la notion au moment même où elle s'implantait en droit belge et français, pour contrer des clauses exonératoires vidant le contrat de son contenu¹⁰. À l'inverse, le droit de la responsabilité civile, si souvent présenté comme radicalement différent des *Torts* anglais, présente, à y regarder de plus près, certaines ressemblances avec certains *Torts*. Le *Tort* de *negligence* a subi un processus de généralisation inattendu si bien que le *reasonable man* est devenu, malgré l'approche casuistique pratiquée par les juges anglais, une norme abstraite de comportement qui évoque le bon père de famille.

VI.

Une comparaison ne peut pas balancer indéfiniment entre les ressemblances et les différences. Il faut faire des choix. Que ce soit sur le plan pratique ou sur le plan théorique, la raison de la comparaison, c'est-à-dire l'objectif qu'elle poursuit et la stratégie qui en découle, va déterminer ce que l'on compare et le poids accordé par le comparatiste aux traits communs ou aux singularités. La raison (au sens générique) de la comparaison va orienter la ou les questions posées, ce qui déterminera la construction des comparables, la sélection des termes associés et l'angle sous lequel le rapport, de ressemblance ou de dissemblance, va se constituer et s'exprimer. Cette raison de la comparaison peut être pratique, politique au sens large ou théorique.

Sur le plan pratique ou politique, le respect des différences ou la détermination des ressemblances n'est pas une préoccupation centrale. Peu

¹⁰ V. R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, Paris, L.G.D.J., 2000.

importe au législateur national d'écraser des différences ou de commettre une erreur méthodologique dans l'introduction d'une institution étrangère si celle-ci a des conséquences socialement utiles. Au niveau européen, les choses sont plus nuancées : ni le législateur ni le juge ne peuvent ignorer les différences. Ils font du droit comparé une utilisation prudente, sélective, constructive et politique. En fonction de leur objectif, celui de la construction d'un espace juridique commun, ils auront une tendance à percevoir, en priorité, sous contrainte des différences, ce qui, dans les systèmes des Etats membres de l'Union, peut donner prise à une harmonisation.

Au niveau théorique, les choses sont plus nuancées. Il n'est pas possible de dire *a priori* si une comparaison doit être constructive ou différentielle ¹¹. L'accent porte tantôt sur les ressemblances, tantôt sur les différences en fonction de l'objet de la recherche, de la stratégie du chercheur, de son tempérament, constructeur ou déconstructeur et, pourquoi pas, de son idéologie (au sens large).

Dans une perspective qu'ils veulent critique, subversive et déconstructive, certains auteurs radicalisent systématiquement toutes les différences entre traditions juridiques pour montrer qu'une harmonisation est impossible ou qu'une théorie du droit à ambition générale est inepte. Ce genre de démarche n'est pas en soi à rejeter ou à condamner, sauf quand ceux qui la pratiquent rejettent, sans vraie discussion, tout autre point de vue ¹². Une comparaison constructive n'est pas moins respectable ni forcément moins critique qu'une comparaison différentielle. L'important est de manifester les présupposés qui guident la comparaison et d'être disposé à les remettre en cause.

VII.

La comparaison déborde la méthode comparative. Elle n'est pas le luxe de quelques juristes privilégiés ayant le goût des voyages. Elle est nécessaire à tout juriste, qu'il fasse ou non du droit comparé. Que la comparaison soit utile, l'exemple du droit européen, où elle sert un objectif politique d'harmonisation, le montre amplement. Mais il n'est pas nécessaire d'aller si loin. Au sens large, tout juriste est comparatiste sans le savoir.

Dans les cours de droit civil, combien de fois ne comparons-nous pas ! La subrogation et la cession de créances, le mandat et la gestion d'affaires, le

¹¹ Pour plus de détails, M.- Cl. PONTHEUREAU, *op. cit.*, pp. 16 et s.

¹² Dans ce registre, voy. les travaux de P. Legrand assénant des vérités définitives à ses lecteurs, à grand renfort de citations philosophiques et littéraires.

locataire et l'usufruitier etc. Toutes ces comparaisons établissent un rapport entre deux termes, soit pour les éclairer l'un par l'autre par ressemblances et différences, soit pour assimiler l'un à l'autre si la différence est jugée superficielle, soit encore pour faire apparaître ces deux termes comme cas particuliers d'un troisième terme plus englobant. Les enseignants en droit, y compris ceux qui n'enseignent pas le droit comparé, connaissent bien l'efficacité des comparaisons sur le plan pédagogique pour faire comprendre une notion et évaluer les connaissances de leurs étudiants.

La comparaison peut aussi être un outil obligé du raisonnement du juge national. En droit de la responsabilité civile, l'appréciation de la faute par rapport au critère du bon père de famille donnera des résultats sensiblement différents selon le type ou le groupe de référence par rapport auquel le juge compare le comportement du défendeur en responsabilité. On sait que la faute est en principe appréciée *in abstracto* par le juge au regard du bon père de famille, indépendamment des aptitudes ou des faiblesses concrètes du défendeur en responsabilité.

Cette technique d'appréciation a en principe pour effet de hausser la norme de prudence et de diligence requise des agents en société, ce qui favorise la protection des victimes. Elle prête toutefois à discussion car le juge, même dans l'appréciation *in abstracto*, doit choisir un groupe de référence par rapport auquel établir la norme de bon comportement.

Faut-il apprécier le comportement d'un enfant par rapport au type abstrait de l'homme (adulte) normalement diligent et prudent? Une telle comparaison est apparemment dénuée de sens au regard de la règle méthodologique, critiquée plus haut, selon laquelle il faut comparer ce qui est comparable. Il est absurde de comparer le comportement d'un enfant de six ans causant un dommage parce qu'il joue avec des pétards ou lance des cailloux avec celui d'un adulte, bien hypothétique, qui se livrerait à ce genre d'activités. La comparaison est toutefois conforme à une certaine logique de l'indemnisation des victimes qui oriente le choix de groupe de référence par rapport auquel le comportement dommageable de l'enfant sera comparé.

VIII.

Puisque je m'adresse à des chercheurs, à des doctorants en droit, je voudrais terminer en donnant quelques utilisations de la comparaison dans des recherches n'affichant pas explicitement des ambitions comparatistes. Les objectifs poursuivis par les auteurs cités sont divers, ce qui rejaille sur la fonction assignée à la comparaison, utilisée de façon plus ou moins méthodique, plus ou moins consciente mais le plus souvent féconde.

Dans un registre léger, la comparaison peut être simplement suggestive; c'est la comparaison-citation, le clin d'œil au droit étranger sans trop de souci méthodologique. La comparaison relance le texte, le relève en même temps qu'elle réveille l'intérêt du lecteur. Le procédé n'est pas forcément condamnable. Ou alors, il faut condamner toutes les citations dont les juristes agrémentent leurs textes puisque toutes fonctionnent «à la décontextualisation».

Un pas de plus et voici la comparaison-stimulant. Stimulant de l'imagination du chercheur qui, à partir de la connaissance qu'il a acquise d'un ou de plusieurs droits étrangers, imagine des problèmes qui pourraient se poser en droit national à l'occasion de l'introduction d'une institution nouvelle, propose des solutions aux problèmes découverts, ou des interprétations alternatives quand le droit national et les droits étrangers sont balisés par une directive européenne transposée ou en voie de transposition¹³. Notons que l'existence d'une directive fournit au chercheur l'occasion de pratiquer plusieurs types de comparaisons : la comparaison verticale qui porte sur la conformité du droit national à la directive et la comparaison horizontale qui porte sur la façon dont différents Etats membres de l'Union ont transposé une directive.

Dans un registre plus subversif, la comparaison peut être différentielle, mettre l'accent sur les différences de tradition ou de système entre deux pays, même fort proches et contester des assimilations ou des transpositions traditionnelles d'un pays à l'autre¹⁴.

Le souci critique ne doit pas faire oublier que la comparaison remplit aussi des fonctions positives ou constructives. La comparaison peut aider à un contrôle de cohérence : des situations similaires ou des réalités appelant des qualifications similaires doivent entraîner l'application d'un régime juridique similaire¹⁵. Le cas échéant, elle contribue à bâtir ou à compléter le régime juridique applicable à une institution nouvelle ou à un mécanisme nouveau à partir de la façon dont l'appréhendent différentes branches du droit, droit civil, droit des sociétés, droit fiscal, droit international privé, etc¹⁶. Dans la même veine, la comparaison menée avec rigueur peut, en s'appuyant sur une notion connue en droit positif telle que le droit subjek-

¹³ Sur ces utilisations de la comparaison, St. GILCART, *La société en formation*, Kluwer, 2004, not. pp. 29 et s., pp. 339 et s., pp. 392 et s., pp. 429 et s.

¹⁴ V., p. ex. pour ce qui concerne l'autonomie du droit belge par rapport au droit administratif français, M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, La charte, 2001. V. en particulier pp. 34 et s., pp. 120 et s.

¹⁵ Cette utilisation se retrouve chez M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, not. pp. 65 et s., pp. 133 et s., pp. 170 et s.

¹⁶ V., à propos de la société en formation, la démarche suivie par St. Gilcart dans l'ouvrage précité.

tif, aider, par un jeu de ressemblances et de différences, à construire la définition de notions moins bien établies telles que la liberté civile et l'intérêt légitime ¹⁷.

Et puis, il arrive à chacun de nous d'indiquer, en bas de page, *Comp.* suivi du nom de celui qui défend une position fort proche de la nôtre. Par paresse peut-être. Peut-être que cette indécision révèle aussi quelque chose de plus fondamental. L'esprit hésite quand il est confronté au presque semblable. Une différence infime est aussi difficile à nommer qu'une altérité radicale.

¹⁷ Telle est la démarche suivie par Th. LÉONARD dans *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005. Se fondant sur le rapport à autrui, matrice commune aux trois notions (pp. 25 et s., pp. 288 et s.), l'auteur les précise progressivement les unes par rapport aux autres (pp. 169 et s.), pour proposer ensuite une méthode de résolution des conflits entre ces trois prérogatives .